A **Wan Khairani bte Wan Mahmood v Ismail bin Mohamad & Anor**

COURT OF APPEAL (PUTRAJAYA) — CIVIL APPEAL NO W–02–853 OF 2002

B RICHARD MALANJUM, TENGKU BAHARUDIN AND AUGUSTINE PAUL JJCA

4 MAY 2007

C *Civil Procedure — Judge — Application to recuse judge — Judge recused himself when matters brought up — Remaining two judges proceeded and made orders — Whether jurisdiction was properly constituted with only two judges — Courts of Judicature Act 1964 ss 38, 44*

D

On 23 May 2003 the Court of Appeal sat with the bench comprising of Gopal Sri Ram JCA as the presiding judge and Abdul Kadir Sulaiman JCA (as he then was) and Hashim Yusoff JCA (as he then was) as panel members. Besides the substantive appeal, some applications in connection with the appeal heard were; (a) the first respondent's application for extension of time to furnish a bank guarantee for

E RM9.77m (encl 31(a)); (b) the appellant's application for an order that the first respondent do furnish the bank guarantee in compliance with the consent order and directions of the court of appeal (encl 35(a)); and (c) the first respondent's application to recuse Gopal Sri Ram JCA (encl 42(a)). When these matters were called up for hearing Gopal Sri Ram JCA recused himself from hearing the proceedings on his own

F accord after encl 42(a) was withdrawn. The remaining two judges then made the following orders; (a) that the Civil Appeal No W–02–853 of 2002 was adjourned to a date to be fixed; (b) order in terms was granted in respect of encl 35(a); and (c) an interim order was granted pending the disposal of the appeal proper. Subsequently the first respondent made an application to set aside the orders on the ground that

G they were made without jurisdiction as the court was constituted of only two judges. The first respondent submitted that this was contrary to s 38(1) of the Courts of Judicature Act 1964 ('CJA') which provides for three or more judges to form a quorum at the Court of Appeal.

H

Held, by majority dismissing the application:

(1) (per **Richard Malanjum** JCA (now CJ (Sabah & Sarawak)) and **Tengku Baharudin** JCA concuring) Section 44 of the CJA clearly gives power to the Court of Appeal to make any direction incidental thereto or any interim order

I to preserve the integrity of the appeal before it. The said order not only fulfils the condition and object of the provision but it was also made to facilitate an effective exercise on what was already agreed upon between the parties beforehand ie vide a consent order made when the appeal was filed. The court's jurisdiction to make a direction and an interim order is absolute, only its discretion depends upon the circumstances of each case. Section 44 is one of

a later provision where the decision made by a single judge is deemed a decision of the Court of Appeal — see sub-s (2). If such order is validly made by a single judge, thus any judges in the Court of Appeal panel can make it. Therefore such an order made by two judges in the Court of Appeal was proper and legal (see paras 16–18).

(2) (2) (per **Augustine Paul** JCA (now FCJ, dissenting): Section 42(1) of the CJA is applicable when a judge is unable to exercise his functions through illness or any other cause in the course of a proceeding or in the case of a reserved judgment. There was no question of there being a reserved judgment in this case. This was a case of a judge becoming unable to exercise his functions in the course of a proceeding. What required consideration was the stage to which the proceeding must have moved before resort could be had to s 42(1) of the CJA to enable the remaining judges to continue with the proceeding. The phrase ' … in the course of a proceeding …' must therefore refer to a proceeding where its hearing had commenced and proceeded to such an extent that it would be inconvenient to have it reheard (see paras 30–31).

(3) (per **Augustine Paul JCA** (now FCJ, dissenting): At the stage when these matters were called up and Gopal Sri Ram JCA recused himself from hearing the proceedings it could not be said that the proceedings had commenced for the purpose of s 42(1) of the CJA. The remaining two judges proceeding with the matters in such circumstances offend s 38(1) of the CJA. As s 42(1) of the CJA is inapplicable to the circumstances of this case the proceedings ought to have been heard before a full quorum within the meaning of s 38(1) of the CJA. Alternatively the application for the interim orders ought to have been heard by one of the two judges sitting as a single judge. Neither course was adopted. The result was that the continuation of the hearing of the proceedings by the remaining two judges could not be said to be valid (see paras 31–32).

[Bahasa Malaysia summary

Pada 23 Mei 2003 Mahkamah Rayuan bersidang dengan panel yang terdiri daripada Gopal Sri Ram HMR sebagai hakim yang mempengerusikan persidangan tersebut dan Abdul Kadir Sulaiman HMR (pada masa tersebut) dan Hashim Yusoff HMR (pada masa tersebut). Selain daripada rayuan substantif, terdapat permohonan-permohonan yang berhubung dengan rayuan tersebut yang didengar iaitu; (a) Permohonan responden pertama untuk lanjutan masa untuk membekalkan jaminan bank untuk jumlah RM9.77j (kandungan 31(a)); (b) Permohonan perayu untuk satu perintah bahawa responden pertama membekalkan jaminan bank menurut satu perintah persetujuan dan arahan-arahan mahkamah rayuan (kandungan 35(a)); dan (c) Permohonan responden pertama bahawa Gopal Sri Ram HMR menarik dirinya daripada mendengar rayuan (kandungan 42(a)). Apabila keempat-empat perkara ini dipanggil untuk pendengaran Gopal Sri Ram HMR menarik dirinya daripada mendengar prosiding-prosiding atas kerelaannya sendiri selepas kandungan 42(a) ditarik balik. Kedua-dua hakim yang tinggal kemudiannya memerintahkan; (a) bahawa Rayuan Sivil No W–02–853 tahun 2002 ditangguhkan ke satu tarikh yang akan ditetapkan; (b) perintah seperti dipohon berhubungan dengan kandungan 35(a); dan (c) satu perintah interim diberikan

A sementara menunggu penyelesaian rayuan sebenarnya tersebut. Kemudiannya responden pertama telah membuat satu permohonan untuk mengenepikan perintah-perintah atas alasan bahawa mereka dibuat tanpa bidangkuasa oleh kerana mahkamah hanya bersidang dengan dua hakim. Responden pertama menghujahkan bahawa ini adalah bertentangan dengan s 38(1) Akta Kehakiman Mahkamah 1964 B (AKM) yang memperuntukkan bahawa tiga atau lebih hakim-hakim membentuk satu korum di Mahkamah Rayuan.

Diputuskan, dengan majoriti menolak permohonan:

C (1) (oleh **Richard Malanjum HMR** (sekarang HB (Sabah & Sarawak)) dan **Tengku Baharudin HMR** bersetuju) Seksyen 44 AKM jelas memberi kuasa kepada Mahkamah Rayuan untuk membuat apa-apa arahan sampingan atau perintah interim bagi mengekalkan keutuhan rayuan di hadapannya. Perintah tersebut bukan sahaja memenuhi syarat dan tujuan peruntukan itu D tetapi juga hanya dibuat bagi membolehkan pelaksanaan berkesan apa yang telah dipersetujui bersama oleh pihak-pihak sejak awal lagi iaitu melalui Perintah Persetujuan yang dibuat semasa rayuan difailkan. Bidang kuasa mahkamah ini untuk membuat arahan dan perintah interim adalah mutlak, hanya budi bicaranya bergantung kepada hal keadaan masing-masing kes yang dibawa. Seksyen 44 adalah salah satu peruntukan terkemudian di mana E keputusan yang dibuat oleh seorang hakim dianggap sebagai keputusan Mahkamah Rayuan — lihat sub-s (2). Jika perintah sedemikian sah dibuat oleh seorang hakim, maka mana-mana hakim dalam panel Mahkamah Rayuan boleh membuatnya. Oleh yang demikian perintah sedemikian yang dibuat oleh dua orang hakim Mahkamah Rayuan adalah teratur dan sah (lihat F perenggan 16–18).

(2) (oleh **Augustine Paul HMR** (sekarang HMP, menentang): Seksyen 42(1) AKM terpakai apabila seseorang hakim tidak dapat menjalankan tugasnya disebabkan kesihatan atau apa-apa sebab lain semasa berlangsungnya prosiding atau dalam kes penghakiman yang ditangguhkan. Tiada persoalan satu G penghakiman yang ditangguhkan dalam kes ini. Dengan itu ini adalah satu kes di mana seseorang hakim tidak dapat menjalankan tugasnya semasa perlangsungan prosiding. Apa yang perlu dipertimbangkan ialah setakat peringkat prosiding yang mana yang telah dijalankan sebelum s 42(1) AKM terpakai untuk membolehkan hakim-hakim yang tinggal untuk meneruskan H dengan prosiding tersebut. Frasa '… in the course of a proceeding …' mestilah merujuk kepada satu prosiding di mana pendengaran telah pun bermula dan diteruskan ke satu peringkat dimana ia adalah tidak sesuai untuk didengar semula (lihat perenggan 30–31).

(3) (oleh **Augustine Paul HMR** (sekarang HMP, menentang): Pada peringkat I di mana keempat-empat perkara dipanggil dan Gopal Sri Ram HMR menarik dirinya daripada mendengar prosiding-prosiding tersebut tidak boleh dikatakan bahawa prosiding-prosiding tersebut telah bermula untuk tujuan s 42(1) AKM. Kedua-dua hakim yang tinggal meneruskan prosiding dalam keadaan tersebut melanggar s 38(1) AKM. Seksyen 42(1) AKM adalah tidak terpakai dalam keadaan kes ini prosiding tersebut sepatutnya didengar sebelum

satu korum penuh dalam maksud s 38(1) AKM. Secara alternatif permohonan untuk perintah-perintah interim sepatutnya didengar oleh satu daripada kedua-dua hakim yang bersidang sebagai seorang hakim. Kedua-dua cara tidak digunakan. Keputusannya ialah dengan meneruskan untuk mendengar prosiding-prosiding oleh dua hakim tidak boleh dikatakan sah (lihat perenggan 31–32).]

Notes

For a case on application to recuse judge, see 2(1) *Mallal's Digest* (4th Ed, 2004 Reissue) para 3362.

Cases referred to

Boustead Trading (1985) Sdn Bhd v Arab Malaysia Merchant Bank Bhd [1995] 3 MLJ 331 (refd)

MGG Pillai v Tan Sri Vincent Tan Chee Yioun [2002] 2 MLJ 687 (refd)

Penang Port Comimission v Kanawagi s/o Sepurumaniam [2006] 3 MLJ 306 (refd)

R v Coates [2004] 4 All ER 1150 (refd)

R v Ward [1971] 3 All ER 619 (refd)

Silver Concept Sdn Bhd v Brisdale Rasa Development Sdn Bhd (formerly known as Ekspedisi Ria Sdn Bhd) [2002] 4 MLJ 113 (refd)

Legislation referred to

Courts of Judicature Act 1964 ss 38(1), 42(1), 44
Supreme Court Act 1981 [UK] s 55(2)

Sulaiman Abdullah (PY Chong with him) (Nordin Torji & Partnes) for the appellant/respondent.

Cyrus Das (Abdul Rashid Ismail, Megat Abdul Munir and Khalek Awang with him) (Khalek Awang & Associates) for the respondent/applicant.

T Gunaseelan for the provisional liquidator.

Tengku Baharudin HMR (delivering majority judgment):

[1] Rayuan substantif perayu ('P') di mahkamah ini ialah terhadap penolakan oleh Mahkamah Tinggi permohonannya sebagai wakil dan bagi pihak responden kedua ('RK') untuk satu injunksi menahan responden pertama ('RP') daripada menggunakan atau memindahkan atau mengeluarkan wang yang diterima oleh RP berjumlah RM119,536,026 sebagai pampasan bagi pengambilan dua keping tanah ('tanah tersebut'), atau sebahagian daripadanya yang didepositkan oleh RP di Am Finance Bhd atau mana-mana institusi kewangan yang lain (termasuk faedah terkumpul daripadanya) dan seterusnya menahannya daripada menggunakan sebarang pembayaran pampasan yang selanjutnya daripada pihak berkuasa yang berkenaan, mengenai tanah tersebut untuk tujuan selain daripada untuk kepentingan RK. RK adalah syarikat yang dimiliki oleh RP sebagai pemegang saham majoriti dan P sebagai pemegang saham minoriti, sementara tanah tersebut didakwa didaftar atas nama RP sebagai pemegang amanah kepada RK.

A **[2]** Sebaik menfailkan rayuan ini P telah memohon dan memperolehi satu perintah persetujuan bertarikh 20 November 2002 ('perintah persetujuan') daripada Mahkamah ini supaya RP mendepositkan atau memberikan dalam tempoh 14 hari dari tarikh perintah itu satu instrumen kewangan dalam bentuk jaminan bank bagi jumlah RM9.77 juta kepada peguamcara bagi pihak P yang akan dipegang sementara **B** menunggu pelupusan tindakan P di Mahkamah Tinggi dan sementara menunggu penyerahan jaminan bank itu wang-wang di dalam akaun Am Finance Bhd milik RP tidak akan dialihkan.

[3] Apabila RP tidak mematuhi perintah persetujuan, P telah memfail notis usul bertarikh 9 Januari 2003 untuk mengenepikan perintah itu kerana ketidak patuhan **C** RP dan memohon agar RP sekali lagi menyediakan jaminan bank yang sah untuk tempoh satu tahun yang boleh diperbaharui secara tahunan sehingga penyelesaian kes di Mahkamah Tinggi dan seterusnya memberi kebebasan kepada P untuk memohon jika jaminan bank itu adalah defektif. Permohonan telah dibenarkan oleh mahkamah ini pada 22 Januari 2003.

D

[4] RP walau bagaimanapun dikatakan telah juga gagal mematuhi perintah itu kerana dia menyediakan jaminan bank untuk tempoh masa enam bulan sahaja. Itu pun dalam kapasiti peribadi P sahaja dan yang boleh dikuatkuasakan hanya jika P menang tuntutannya. Oleh itu, P buat kali ketiganya menfailkan notis usul iaitu **E** lampiran 35(a) memohon perintah supaya RP menyediakan jaminan bank dalam mematuhi perintah persetujuan dan arahan-arahan Mahkamah Rayuan yang diberikan pada 22 Januari 2003 berkenaan jaminan bank tersebut. Sementara itu, RP pula telah memohon melalui lampiran 31(a) untuk lanjutan tempoh masa baginya membekalkan jaminan bank berjumlah RM9.77 itu.

F

[5] Rayuan substantif ditetapkan untuk pendengaran pada 23 Mei 2003. Lampiran 31(a) dan 35(a) juga ditetapkan untuk pendengaran pada tarikh yang sama. Pada tarikh tersebut, mahkamah juga berhadapan dengan satu lagi permohonan iaitu oleh RP melalui lampiran 42(a) supaya pengerusi panel mahkamah ini menarik dirinya daripada mendengar rayuan. Apa yang berlaku pada hari itu ialah YA Hakim **G** berkenaan telah menarik dirinya daripada mendengar rayuan dan apa-apa permohonan di dalamnya selepas penarikan balik lampiran 42(a) oleh RP. Kemudian setelah mendengar pihak-pihak, mahkamah ini telah membuat perintah mengenai jaminan bank seperti dipohon dalam lampiran 35(a) serta perintah interim mengenai pampasan lanjutan (perintah tersebut).

H

[6] Ekoran kegagalan RP mematuhi perintah tersebut, P telah menfailkan notis usul lampiran 54(a) memohon perintah komital dibuat terhadap RP kerana menghina mahkamah dengan keengkaran itu. Pada tarikh pendengaran notis usul tersebut, terdapat pula notis usul daripada pihak RP melalui lampiran 71(a) memohon supaya perintah tersebut dilepaskan dan diketepikan kerana tidak sah dan **I** tidak boleh diguna pakai. Dan pihak-pihak bersetuju supaya lampiran 71(a) didengar terlebih dahulu.

[7] RP mempertikaikan keesahan perintah tersebut atas alasan ia dibuat oleh Mahkamah Rayuan yang terdiri daripada dua orang hakim dalam kehadiran hakim

yang mempengerusikan persidangan yang telah menarik dirinya sebelum itu. Dihujahkan ini bertentangan dengan peruntukan s 38(1) Courts of Judicature Act 1964 ('CJA') yang memperuntukkan tiga orang atau lebih hakim sebagai korum Mahkamah Rayuan. Menjawab kepada hujah peguam P tentang pemakaian s 44 CJA peguam RP berhujah bahawa ini bukan keadaan di mana mahkamah bersidang tidak cukup korum tetapi keadaan di mana mahkamah bersidang dengan penuh korum tetapi setelah seseorang hakim menarik dirinya perintah masih dibuat juga, oleh itu ia bukan keadaan yang dijangka oleh peruntukan tersebut.

[8] Dalam Rangka Hujahannya, peguam RP telah merujuk kepada kes *R v Coates* [2004] 4 All ER 1150 di mana dalam menimbang peruntukan s 55(2) Supreme Court Act 1981 yang menyerupai s 38(1) CJA, Mahkamah Rayuan Inggeris telah membuat perhatian jika prosiding dimulakan dengan tiga orang hakim, pendengaran tidak boleh diteruskan di hadapan dua orang hakim yang tinggal jika, atas apa jua sebab, rakan mereka tidak berupaya meneruskannya. Dihujahkan bahawa perkataan-perkataan 'shall be heard by three judges or such greater uneven number of judges' dalam s 38(1) menetapkan minima tiga orang hakim sebagai korum yang sah bagi Mahkamah Rayuan melainkan dalam keadaan yang diperuntukan sebaliknya dan ini dihujahkan berkait dengan keputusan majoriti dalam s 41 yang tidak mungkin tercapai jika terdapat dua orang hakim sahaja. Oleh itu, dihujahkan perintah tersebut dibuat di luar bidang kuasa.

[9] Mengenai pemakaian s 42(1) CJA dihujahkan ia terpakai di mana prosiding bermula dengan mahkamah terdiri daripada korum yang betul mengikut peruntukan s 38(1) tetapi seorang daripada hakim itu tidak berupaya meneruskannya kerana sakit atau lain-lain sebab, hanya dalam keadaan itu hakim-hakim yang tinggal yang bilangannya tidak kurang daripada dua boleh dianggap mahkamah yang sah. Apa yang dikatakan berlaku dalam kes ini ialah hakim pengerusi telah menarik diri apabila lampiran 42(a) yang didengar terlebih dahulu pagi itu ditarik balik. Kemudian baru diikuti dengan lampiran 35(a) yang hanya didengar oleh panel dua orang hakim yang tinggal. Keadaan sedemikian dihujahkan tidak termasuk dalam situasi yang dimaksudkan oleh s 42(1) kerana seorang hakim telah menarik diri sebelum pendengaran dimulakan. Dihujahkan selanjutnya bahawa perkataan-perkataan 'or any other cause' yang terdapat selepas 'illness' di situ perlu diberi pengertian mengikut teksnya dengan maksud *ejusdem generis* oleh itu tidak terpakai pada penarikan diri hakim. Tafsiran seksyen tersebut oleh mahkamah ini dalam kes *MGG Pillai v Tan Sri Vincent Tan Chee Yioun* [2002] 2 MLJ 687 dijadikan sandaran.

[10] Seksyen 44(1) CJA sebagai kecualian kepada kaedah tiga hakim dihujahkan menjangka permohonan ex parte dibenarkan oleh seorang hakim sahaja kerana sub-seksyen (3) memperuntukan pihak lawan memohon untuk mengenepikan perintah itu di hadapan mahkamah penuh dalam tempoh 10 hari dari tarikh perintah diserah. Oleh kerana lampiran 35(a) berbentuk inter partes, ia lazimnya ditetapkan di hadapan mahkamah tiga hakim. Lagipun perkataan 'a judge' dalam seksyen itu dengan nyata menjelaskan maksudnya sendiri iaitu seorang hakim.

[11] Bagi pihak P peguamnya mengulangi pendiriannya bahawa perintah itu sah dibuat di bawah s 42(1) kerana prosiding bermula dengan tiga orang hakim. Oleh sebab seorang hakim menarik dirinya maka dua orang hakim yang tinggal membuat perintah interim untuk mengekalkan integriti rayuan. Perintah itu sendiri dipermukaannya menunjukkan ia dibuat oleh Mahkamah Rayuan yang mula bersidang dengan kehadiran tiga orang hakim. Apabila hakim pengerusi menarik diri daripada mendengar rayuan dan apa-apa permohonan di dalamnya, hakim-hakim yang tinggal meneruskan persidangan dengan membuat perintah tersebut. Ini menepati keadaan yang diperuntukkan oleh s 42 CJA sebagai 'unable through … any other cause, to exercise his function as a judge of the court'.

[12] Dihujahkan juga bahawa perkataan-perkataan 'or any other cause' dalam s 42 CJA membawa pengertian yang luas dan tidak terhad kepada persaraan, mati atau dibuang kerja. Ketidak upayaan fizikal sedemikian hanya disebut oleh YA Hakim dalam kes *MGG Pillai* sebagai contoh-contoh keadaan yang tergolong dalam rangkaian kata 'or any other cause' yang pengertiannya boleh juga meliputi keadaan-keadaan lain.

[13] Prinsip *ejusdem generis* dihujahkan tidak terpakai kepada s 42 kerana hanya satu keadaan khusus iaitu 'illness' disebut sebelum perkataan-perkataan umum 'or any other cause'. Prinsip itu hanya terpakai apabila perkara-perkara umum dirujuk bersama beberapa perkara khusus jenis tertentu di mana pengertian perkara-perkara umum itu akan terhad maksudnya kepada jenis yang sama dengan perkara-perkara khusus sebelumnya itu. Dengan kata lain, sebelum prinsip *ejusdem generis* boleh dipakai mesti ada lebih daripada satu perkataan yang semuanya daripada kelas/jenis yang sama digunakan sebelum perkataan-perkataan umum yang mengikutinya boleh ditafsirkan membawa pengertian yang terhad kepada kelas/jenis yang sama. Lihat *Statutory Interpretation in Australia* oleh DC Pearce & Geddes ms 111.

[14] Seksyen 44 CJA juga dihujahkan memperuntukkan mengenai arahan sampingan dan perintah interim. Di bawahnya Mahkamah Rayuan diberi kuasa membuat apa-apa perintah bagi mengelak prejudis kepada tuntutan pihak-pihak sementara menunggu rayuan didengar. Perintah interim yang hendak diketepikan di sini adalah perintah interim yang dibuat untuk melindungi harta yang dipertikai melalui jaminan bank dan injunksi. Oleh itu perintah tersebut sah dibuat kerana mana-mana Hakim Mahkamah Rayuan atau kedua-dua orang hakim yang bersidang pada hari itu mempunyai kuasa untuk membuatnya.

[15] Peguam P juga merujuk kepada kaedah estoppel yang dikatakan menghalang RP daripada mempertikai perintah tersebut kerana ia dibuat berasaskan perintah persetujuan antara kedua pihak yang sama dalam permohonan sivil Mahkamah Tinggi Shah Alam No MT 4–15–13 tahun 2001 dimana P telah didorong oleh perintah persetujuan itu supaya menarik balik permohonannya untuk mencelah. *Boustead Trading (1985) Sdn Bhd v Arab Malaysia Merchant Bank Bhd* [1995] 3 MLJ 331 dirujuk.

[16] Pada pertimbangan saya, s 44 CJA jelas memberi kuasa kepada Mahkamah Rayuan untuk membuat apa-apa arahan sampingan atau perintah interim bagi mengekalkan keutuhan rayuan di hadapannya. Perintah tersebut bukan sahaja memenuhi syarat dan tujuan peruntukan itu tetapi juga hanya dibuat bagi membolehkan pelaksanaan berkesan apa yang telah dipersetujui bersama oleh pihak-pihak sejak awal lagi iaitu melalui perintah persetujuan yang dibuat semasa rayuan difailkan. Bidangkuasa mahkamah ini untuk membuat arahan dan perintah interim adalah mutlak, hanya budi bicaranya bergantung kepada hal keadaan masing-masing kes yang dibawa. Dalam kes *Penang Port Comimission v Kanawagi s/o Seperumaniam* [2006] 3 MLJ 306, Mahkamah Persekutuan jelas mengatakan bahawa s 44 CJA dengan secara khusus memberikan kepada Mahkamah Rayuan bidangkuasa untuk membuat perintah-perintah interim dan apa jua arahan sampingan di dalam keadaan tertentu.

[17] Skop pemakaian s 44 CJA telah juga diterangkan oleh mahkamah ini dalam kes *Silver Concept Sdn Bhd v Brisdale Rasa Development Sdn Bhd (formerly known as Ekspedisi Ria Sdn Bhd)* [2002] 4 MLJ 113 seperti berikut di ms 120:

> It empowers this court to make interim orders to preserve the integrity of an appeal or other proceeding, including the very application under the section itself (see sub-s (2)). Such interim preservation orders may take the form of an injunction or other relief designed — in the words of the section — 'to prevent prejudice to the claim of the parties'.

[18] Kemusykilan RP tentang perintah dibuat oleh dua orang hakim dijawab oleh s 38(1) CJA itu sendiri yang dimulakan dengan perkataan-perkataan 'Subject as hereinafter provided'. Seksyen 44 CJA adalah salah satu peruntukan terkemudian yang dimaksudkan di mana keputusan yang dibuat oleh seorang hakim dianggap sebagai keputusan Mahkamah Rayuan — lihat sub-s (2). Jika perintah sedemikian sah dibuat oleh seorang hakim, maka mana-mana hakim dalam panel Mahkamah Rayuan boleh membuatnya. Ekorannya perintah sedemikian yang dibuat oleh dua orang hakim Mahkamah Rayuan adalah teratur dan sah. Sebagai analogi kita rujuk kes *R v Ward* [1971] 3 All ER 619, ms 621 di mana Mahkamah Rayuan Inggeris menimbang sama ada kuasa melanjutkan tempoh mengemukakan rayuan yang diberi kepada seorang hakim dibawah r 12(1) Criminal Appeal Rules 1968 boleh dilaksanakan oleh hakim lain. Lord Widgery CJ dalam penghakiman mahkamah itu telah merumuskan seperti berikut:

> No doubt it is open to that judge to extend the time in an appropriate case, but on the plain language of the rule we consider that a similar power is open to any judge of the court, and since each of the three of us is a judge of the court, each of the three of us enjoys the power of extending time given by r 12.

[19] Atas asas itu permohonan lanjutan masa disitu diberi pertimbangan dan ditolak. Atas asas yang sama, bidang kuasa bukan isu yang boleh menghalang perintah interim yang dibuat dalam kes kita. Jika seorang hakim boleh membuat perintah itu, kenapa dua orang hakim tidak boleh sedangkan kedua-duanya mempunyai kuasa berbuat demikian?

[20] Dalam kes *Kanawagi* Mahkamah Persekutuan berhadapan dengan isu-isu yang serupa, iaitu bidang kuasa Mahkamah Rayuan dan perintah penahanan wang dalam akaun. Apa yang berlaku disitu ialah perayu, yang merayu terhadap taksiran ganti rugi ke Mahkamah Rayuan, setelah gagal mendapat penangguhan pelaksanaan di Mahkamah Tinggi, telah memohon dan memperolehi perintah daripada Mahkamah Rayuan menahan responden daripada melupuskan wang yang didepositkan ke dalam akaun bank. Selepas itu, perintah selanjutnya diperolehi daripada Mahkamah Rayuan supaya responden mendepositkan wang tersebut ke dalam mahkamah. Responden yang gagal mendapat izin untuk merayu ke Mahkamah Persekutuan, telah memohon kepada panel lain di Mahkamah Rayuan untuk mengenepikan perintah terdahulu atas alasan ia dibuat tanpa bidangkuasa dalam konteks ss 43 dan 44 CJA. Mahkamah Persekutuan telah menolak pendirian Mahkamah Rayuan terkemudian bahawa Mahkamah Rayuan terdahulu tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan tersebut kerana ia tidak dibuat terlebih dahulu di Mahkamah Tinggi, iaitu melanggar peruntukan s 43 CJA. Pentafsiran sedemikian diputuskan bercanggah dengan peruntukan s 44 CJA yang khusus memberikan Mahkamah Rayuan bidangkuasa untuk membuat perintah-perintah interim dan apa jua arahan sampingan didalam keadaan tertentu. Rayuan dengan itu dibenarkan dengan kos. Atas dasar dan pendekatan yang sama, walaupun faktanya berbeza sedikit, tiada asas bagi mahkamah ini mempertikaikan keesahan perintah tersebut. Hujah RP ternyata adalah salah faham, tidak bermerit dan memadai untuk menolak permohonannya.

[21] Apa pun jua, daripada kronologi kejadian pada hari berkenaan, pihak-pihak pasti menyedari dan tahu apa yang mereka minta dan apa yang boleh dan akan diputuskan oleh mahkamah. Ia tidak lain daripada arahan atau perintah interim dibawah s 44 CJA kerana pendengaran rayuan telah ditangguh dan lampiran 42(a) telah dibatalkan dengan penarikan diri YA Hakim pengerusi. Tambahan pula kedua-dua lampiran 31(a) dan 35(a) merujuk khusus kepada pematuhan perintah persetujuan yang juga merupakan perintah yang dibuat dibawah s 44 CJA. Tiada sesiapa yang membantah tentang bidang kuasa dua orang hakim mendengar dan memutuskan permohonan mereka. Tidak dinafi kegagalan membantah tidak boleh memberikan bidang kuasa jika mahkamah tidak mempunyai bidang kuasa tetapi hakikatnya, pihak-pihak tahu bahawa s 44(1) CJA memberi kuasa kepada mana-mana hakim Mahkamah Rayuan membuat perintah yang dimohon oleh mereka dan hujah-hujah mereka didengar oleh hanya dua orang hakim Mahkamah Rayuan.

[22] Selanjutnya, atas premis yang sama pihak-pihak juga tahu bahawa pihak yang musykil dengan keputusan yang dibuat oleh YA Hakim-Hakim itu boleh dalam tempoh 10 hari memohon untuk mengesahkan, mengubah atau membatalkan perintah itu — lihat s 44(3)CJA. Apa yang berlaku disini ialah permohonan untuk mengenepikan perintah itu hanya difailkan oleh RP pada 19 Mei 2004 (lampiran 71(b)), iaitu hampir setahun kemudian dan juga selepas tindakan untuk komital diambil oleh pihak P melalui lampiran 54(a) atas kegagalannya mematuhi perintah itu. Ternyata permohonan RP ini dibuat sebagai fikiran semula (afterthought) untuk melepaskan diri daripada tindakan komital yang telah dimulakan oleh pihak P dan niat sucinya (*bona fide*) diragui. Atas alasan ini juga permohonan RP wajar ditolak.

[23] Dengan itu saya tidak bercadang dan tidak difikirkan perlu untuk mengulas alasan-alasan lain yang dibangkitkan bagi menyokong atau menentang permohonan RP ini. Keputusannya ialah permohonan di lampiran 71(a) di tolak dengan kos. Saudara saya Richard Malanjum, HMR (sekarang HB (Sabah & Sarawak)) yang mempengerusikan panel rayuan ini telah membaca alasan penghakiman ini dalam bentuk draf dan telah menyatakan persetujuannya dengan isi kandungannya.

Augustine Paul JCA (now FCJ, dissenting):

[24] On 23 May 2003 the Court of Appeal sat with the bench comprising of Gopal Sri Ram JCA as the presiding judge and Abdul Kadir Sulaiman JCA (as he then was) and Hashim Yusoff JCA (as he then was) as panel members. Civil Appeal No W–02–853 of 2002 was fixed for hearing on that day together with some applications in connection with the appeal. They are:

(a) The first respondent's application for extension of time to furnish a bank guarantee for RM9.77m (encl 31(a));

(b) The appellant's application for an order that the first respondent do furnish the bank guarantee in compliance with the consent order and directions of the Court of Appeal (encl 35(a)); and

(c) The first respondent's application to recuse Gopal Sri Ram JCA (encl 42(a)).

[25] When the four matters were called up for hearing encl 42(a) was withdrawn on the request of Gopal Sri Ram JCA. He then recused himself. The remaining two judges then made the following orders:

(a) Civil Appeal No W–02–853 of 2002 was adjourned to a date to be fixed; (b)

(b) Order in terms was granted in respect of encl 35(a); and

(c) An interim order was granted pending the disposal of the appeal proper. The first respondent was restrained from dealing with the compensation monies in respect of the acquisition of the land in question. Any further payments received in relation to the acquisition of the land was to be deposited in a joint account in the names of the solicitors for the appellant and the first respondent.

[26] Subsequently the first respondent made an application to set aside the orders on the ground that they were made without jurisdiction as the court was constituted of only two judges. The submission of both parties have been well set out in the majority judgment and it is unnecessary to repeat them here. It must be remembered that interim orders, like the ones in issue in this case, can be made by a single judge of the Court of Appeal pursuant to s 44(1) of the Courts of Judicature Act 1964 ('the CJA'). On the authority of *R v Ward* [1971] 3 All ER 619 the majority ruled that if the orders in this case can be made by a single judge it can also be made by two judges as they have the power to do so. That leaves wide open the question of whether the two judges made the orders in their capacity as single judges or as a court. The majority judgment appears to have proceeded on the basis that the two judges made the orders in their capacity as single judges.

[27] In order to resolve the problem it is necessary to refer to the judgment in *R v Ward* [1971] 3 All ER 619 where Lord Widgery CJ said at p 621:

> The primary question which one must ask oneself in deciding whether the court retains power to extend the time in these circumstances is to ask whether that is the meaning and effect of the language in r 12. If the effect of the language in r 12 is to limit the court's exercise of the power, then there may be all manner of arguments about whether the rule is or is not ultra vires. One does not reach that point in considering the problem unless the language of the rule by itself would prevent the court from extending the time once the 14 days have already run. So we must first look again at the language of r 12(1) and see whether it has that effect. The first thing to be observed, in the judgment of the court, is that the longer period which may be fixed, and within which the applicant's application under s 31 is to be made, is a period which may be fixed by a judge of the court. It is not in our judgment, as a matter of construction, right to take the view that the power to extend the time is a power residing only in the particular judge who refused the application in the first instance. *No doubt it is open to that judge to extend the time in an appropriate case, but on the plain language of the rule we consider that a similar power is open to any judge of the court, and since each of the three of us is a judge of the court, each of the three of us enjoys the power of extending time given by r 12.*

And at p 622:

> Moving on, then, from the conclusion that the power exists in this court to extend the time, the next question is whether, as a matter of discretion, we ought to exercise the power in favour of the applicant. Of course, it is necessary that time limits should be treated with respect, and in considering whether a time limit shall be extended, one has to have regard to the circumstances of the case and the merits of the excuse put forward for not adhering to the original limit in the first instance. The applicant's letter, which I have read in full, really gives no explanation of his being 21 days out of time in making the application. He clearly appreciated when served with the notice what his position was, and a long time had expired since the trial and since the initial post-trial shock might have worn off. We can really see nothing in the language used by the applicant to justify the exercise in his favour of the discretion which we are convinced we have, and the ultimate decision on this application will be that the court declines to extend the time under r 12(1) within which the application to the court is to be made.
>
> It is only right, however, before leaving the matter, to say that these offences were exceedingly grave offences, that the applicant on the face of the simple facts of the case was clearly more culpable than the other three, and it seems to this court that there was really no prospect of the applicant's sentence being reduced even if the application had been acceptable on the principles which I have described. But be that as it may, *the decision of the court is to refuse the applicant's application for the extension of time under r 12(1) to bring the matter before the full court.* (Emphasis added.)

[28] It is patently clear from the words emphasised in the passages just reproduced that the decision was made by the three judges as a court. The statement by Lord Widgery CJ that each of the three judges hearing the case had the power to extend the time even though it is vested only in a single judge was necessary to show that the three of them sitting as a court had the power to do so. That is only logical. If it were otherwise it would result in there being three separate orders made in respect of the same subject matter. And what if one of the judges had dissented? Thus where a

single judge is empowered to hear a proceeding he must sit alone and where two or more judges hear such a proceeding they do so as a court. A

[29] The result is that the interim orders made in this case were made by the two judges in their capacity as a court. That is evident from the order of court itself that was extracted. Thus the real issue for determination in this case is whether the two judges were entitled to continue with the proceedings within the meaning of s 42(1) of the CJA after Gopal Sri Ram JCA had recused himself. This does not appear to have been addressed in the majority judgment. Section 42(1) of the CJA reads as follows: B

> (1) If, in the course of any proceeding, or, in the case of a reserved judgment, at any time before delivery of the judgment, any judge of the court hearing the proceeding is unable, through illness or any other cause, to attend the proceeding or otherwise exercise his functions as a judge of that court, the hearing of the proceeding shall, continue before, and judgment or reserved judgment, as the case may be, shall be given by, the remaining judges of the court, not being less than two, and the court shall, for the purposes of the proceeding, be deemed to be duly constituted notwithstanding the absence or inability to act of the judge as aforesaid. C D

[30] The section is applicable when a judge is unable to exercise his functions through illness or any other cause in the course of a proceeding or in the case of a reserved judgment. There is no question of there being a reserved judgment in this case. So this is a case of a judge becoming unable to exercise his functions in the course of a proceeding. E

[31] The phrase '… in the course of a proceeding …' in s 42(1) of the CJA is a reference to a proceeding that has already commenced. What requires consideration is the stage to which the proceeding must have moved before resort can be had to s 42(1) of the CJA to enable the remaining judges to continue with the proceeding. It must be remembered that the object of the section is to prevent the inconvenience of a rehearing of a proceeding to the parties when a member of the panel hearing it is unable to continue to do so. This will certainly not include a proceeding which has been merely called up for hearing. The phrase '… in the course of a proceeding …' must therefore refer to a proceeding where its hearing has commenced and proceeded to such an extent that it will be inconvenient to have it reheard. In this case when the four matters were called up for hearing Gopal Sri Ram JCA recused himself from hearing the proceedings on his own accord after encl 42(a) was withdrawn. At that stage it cannot be said that the proceedings had commenced for the purpose of s 42(1) of the CJA. The remaining two judges proceeding with the matters in such circumstances offends s 38(1) of the CJA which reads as follows: F G H

> Subject as hereinafter provided, every proceeding in the court of Appeal shall be heard and disposed of by three judges or such greater uneven number of judges as the President may in any particular case determine. I

[32] As s 42(1) of the CJA is inapplicable to the circumstances of this case the proceedings ought to have been heard before a full quorum within the meaning of s 38(1) of the CJA. Alternatively the application for the interim orders ought to have

A been heard by one of the two judges sitting as a single judge. Neither course was adopted. The result is that the continuation of the hearing of the proceedings by the remaining two judges cannot be said to be valid.

[33] In the upshot it was my misfortune, and with respect, to disagree with the
B majority judgment.

Application dismissed by majority.

Reported by Sally Kee

C

D

E

F

G

H

I